gemacht habe. Allein es dürfte doch auch nicht zu verkennen sein, daß bei einzelnen Bestimmungen aus prinzipiellen oder aus praktischen Gründen Ausstellungen sich machen lassen und Abänderungen wünschenswerth sind, und wie solche Ausstellungen von der landständischen Deputation bei einzelnen Punkten bereits in Aussicht gestellt worden sind, so hat sie auch erklärt, daß sie noch bis zur völligen Beendigung der Berathung etwaige Gutachten und Mittheilungen über den Entwurf mit Dank entgegennehmen werde.

Solche gutachtliche Aeußerungen über den Entwurf noch rechtzeitig und wo möglich auch aus dem Auslande hervorzurufen, war der Zweck dieses Aufsatzes. Sollte der oder jener Leser durch die vorstehende Skizze angeregt werden, den Entwurf einem specielleren Studium zu unterwerfen und seine Ansichten darüber zu veröffentlichen, so könnte dies für dieses wichtige Gesetzgebungswerk nur nützlich und ersprießlich sein.

XIII.

Die gemeinrechtliche Lehre von der Rechtskraft des Urtheils gegen Dritte aus dem Grunde ihrer Mitwissenschaft vom Streite.

Von Herrn Dr. Binding
in Heidelberg.*)

Diese Ausdehnung der Rechtskraft über die streitenden Parteien hinaus stützt sich einzig und allein auf l. 63 D. de re judicata 42, 1 (Macer, libro II de appellationibus), eine vielbesprochene, unserer Ueberzeugung nach bisher mißver-

*) Der Verfasser hat sich durch seine von der jurist. Fakultät in Göttingen mit dem Preis gekrönte Schrift de natura inquisitionis processus criminalis Romanorum, Göttingen 1863, rühmlich bekannt gemacht.
Mittermaier.

standene Stelle,[1]) welche wir hier folgen lassen, wie sie nach der besten Handschrift gelesen werden muß:

Saepe constitutum est, res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare. Quod tamen quandam distinctionem habet: nam sententia interalios dicta aliis quibusdam etiam[2]) scientibus obest: quibusdam vero, etiam si contra ipsos iudicatum sit, nihil nocet.

Nam scientibus nihil praeiudicat, veluti si ex duobus heredibus debitoris alter condemnatur: nam alteri integra defensio est, etiam si cum coherede[3]) suo agi scierit. Item si ex duobus petitoribus alter victus adquieverit alterius petitioni non praeiudicatur: idque ita rescriptum est. Scientibus[4]) sententia, quae inter alios data est, obest, cum quis de ea re, cuius actio vel defensio primum sibi competit, sequenti agere patiatur: veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris,[5])

1) Ueber sie haben ausführlich gehandelt: Bartolus, ad l. 63 D. 42, 1; Cujacius, Observationes XII, 25. (Ed. Paris 1658 T. III. p. 878 ff.); Appendix p. 1009; Donellus ad h. l. (Ed. Lucae 1767 T. XI. p. 305 ff.); Heraldus, De rerum judicatarum auctoritate I, VIII (in Otto, Thesaurus II, p. 1080); Stryk, Disp. de oblig. rei jud. contra tertium Cap. I § 24; Keller, Litisk. und Urtheil p. 368—379; Brackenhöft, Ident. u. Connex. der Rechtsverhältnisse p. 190, 196 ff.; Savigny, System VI, p. 466 ff.; Sintenis, Civilrecht I. p. 343, N. 22; Endemann, Princip der Rechtskraft p. 142 ff.

2) An diesem etiam nehmen Cujacius, Schulting notae ad Dig. ed. Smallenburg T. VI. p. 478 u. Heraldus mit Unrecht großen Anstoß. Es mag wohl der Hauptgrund sein, daß man lesen wollte scientibus non obest: so Haloander, die Ausgaben von Nürnberg (Koburger) 1483 u. Rom (Vitus Puecher) 1476; ebenso Cujacius Appendix p. 1009, während derselbe in Observat. XII 25 vorzieht: quibusdam non scientibus obest. Diese Abweichungen von der Florentina werden sich von selbst als unhaltbar herausstellen.

3) Flor. herede, allein sicher ist das eine Abkürzungszeichen für cum weggelassen worden.

4) Flor. si scientibus, eine Verschreibung, die in einer Gemination das sc ihren Grund hat. Die Vulg. u. Haloander lesen: sed.

5) Vulgata: debitor experiri passus sit creditorem, vertheibigt von Stryk und von Kriegel in der Ausgabe der Pandekten. Brunnemann, Process. Civil. c. 27 n. 24 hält beide Lesarten, jede in ihrer Art, für möglich. Haloander will in gleicher Auffassung: creditorem experiri

aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dote acceptae, aut possessor venditorem de proprietate rei emptae: et haec ita ex multis constitutionibus intelligenda sunt.

Cur autem his quidem scientia nocet, superioribus vero non nocet, illa ratio est: quod qui scit coheredem suum agere, prohibere eum, quo minus, uti velit, propria actione vel defensione utatur, non potest: is vero, qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei, quamvis inter alios iudicatae, summovetur, quia ex voluntate eius de iure, quod ex persona agentis habuit, iudicatum est. Nam et si libertus meus, me interveniente, servus vel libertus alterius iudicetur, mihi praeiudicatur.

Diversa causa est, si fundum a te Titius petierit, quem ego quoque, sed non ex persona Titii, ad me pertinere dico: nam quamvis contra Titium, me sciente, iudicatum sit, nullum tamen praeiudicium patior: quia neque ex eo iure, quo Titius victus est, vindico, neque potui Titio intercedere, quo minus iure suo utatur; sicuti et de coherede supra diximus.

In dem Gedankengange, vermöge dessen unser Jurist zur Aufstellung dieser Ausnahms-Wirkung der Rechtskraft gelangt, fehlen die Mittelglieder. Entweder dachte er: alii quidam, die durch das Urtheil zwischen Anderen gebunden werden, können auch solche sein, welche einen Dritten beauftragt haben, den Streit in ihrem Namen zu führen; diesen schadet das Urtheil

passus sit debitor. Seine Auffassung aber wie die der Vulgata ist eine grundverkehrte. Macer stützt nämlich die ganze Ausdehnung der Rechtskraft auf gewisse scientes darauf: quia ex voluntate eorum (scil. scientium) de jure, quod ex persona agentis habeant, judicatum sit. Nach der Vulg. wäre nun der creditor der agens: bekanntlich leitet aber nicht der Schuldner sein Eigenthumsrecht vom Gläubiger, sondern der Gläubiger sein Pfandrecht vom Schuldner ab! — Für die Florent. auch Kellers Codex und die Basiliken.

dann ganz unbedingt: allein es gibt Fälle, wo es Anderen auch schadet (etiam obest), und zwar wenn sie wissend sind: scientibus. Oder aber er sondert im Geiste die ganze Classe der scientes in 3 Gruppen: die eine wird durch das Urtheil keinenfalls obligirt, z. B. Richter und Beistände der Parteien; bei der andern sollte man meinen, daß das Urtheil auch mit gegen sie gerichtet sei, so z. B. wenn der Erbe weiß, daß sein Miterbe von dem Gläubiger des Erblassers belangt ist und der Miterbe unterliegt. Bei der dritten ist das Urtheil wirklich für sie bindend. So sind ihm, der von der Wirkung der Rechtskraft handeln und die Gränze der vermeintlichen und wahrhaften Wirkung statuiren will, diese beiden Gruppen von Wissenden etiam scientes. Somit ist an der Fassung unserer Ausnahme in der Form der Florentina nicht das Geringste auszusetzen, und es ist uns nicht verständlich, wenn der feine Scharfsinn eines Keller (a. a. O. 374) „sich nicht getraut, eine bestimmte Entscheidung darüber auszusprechen, in welcher Art und Form der Jurist diesen Gegensatz im Allgemeinen ausgedrückt und eingeleitet habe .... indem jede der auf äußere Autorität gestützten Lesarten bedeutende innere Gründe gegen sich, keine der verschiedenen Konjekturen aber hinreichende oder überhaupt nur irgend welche äußere Gründe für sich zu haben scheine." So sehr wir ihm in Letzterem beistimmen, so wenig begreifen wir seinen Zweifel.

Wir wenden uns zum Prinzip unserer Ausnahme und seiner Begründung.

A. Ueber das Prinzip der bezeichneten Ausnahme von der Regel und seine Begründung nach Macer.

1) Das Prinzip, welches bestimmt ist, durch die folgenden Beispiele erläutert zu werden, drückt Macer so aus: „den Wissenden schadet das zwischen dritten Litiganten gefällte Urtheil dann, wenn Jemand, dem die klageweise Durchführung oder vertheidigungsweise Behauptung eines Rechts an erster Stelle zusteht, einen Folgenden für sich handeln läßt (sequenti agere patiatur.)" 2) Der vernünftige Grund dieser Ausnahme liegt in den Worten: „Wer den früheren Eigen-

thümer sein eigenes Recht vertheidigen läßt, dem steht wegen seiner Mitwissenschaft die exceptio rei judicatae deßhalb entgegen, weil es mit seinem (des gegenwärtigen Eigenthümers) Willen über das Recht, welches er aus der Person des Prozeßführenden (agentis) ableitet, zur Aburtheilung gekommen ist."

ad 1.

a) Ueber die, quibus primum actio vel defensio competit. Die Klage ist die gerichtliche Geltendmachung eines dem Kläger zustehenden Rechtes: sie ist lediglich ein Ausfluß dieses Rechtes. Das Vorhandensein desselben ist präjudiziell für die Möglichkeit ihrer Anstellung, wogegen man nicht anführen darf, daß öfter auch der im Prozesse mit seiner Klage durchdringt, dem objektiv jenes Recht nicht zusteht. Der Civilprozeß kennt nur eine formelle Wahrheit, und der Sieg eines materiell unberechtigten Klägers ist nichts anders als die manchmal vielleicht fälschliche, häufig aber auch aus dem Gange des Prozesses mit rechtlicher Nothwendigkeit sich ergebende Erklärung des Gerichts: dem Kläger steht jenes Recht zu. [6])

Wenn nun die l. 63 von einem Menschen spricht, cui primum actio — competit, so kann kein Zweifel sein, daß hierunter nur der gemeint ist, dem das eingeklagte Recht zusteht, wie die Institutionen bestätigen, wenn sie (pr. I. IV. 6 de actionibus) sagen: actio nil aliud est, quam jus persequendi judicio, quod sibi debetur. An erster Stelle hat die Rei vindicatio der Eigenthümer, die condictio ex mutuo, wer aus einem Darlehen zu fordern hat; ja man kann sagen: diese sind eigentlich die einzigen hiezu Berechtigten, wie ja auch das römische Recht stets annahm, daß nur durch Mandat oder Ratihabition das Recht, im Namen eines Andern zu klagen, wirksam begründet werden könne. Wenn unsre Stelle dennoch von einem sequens in dieser Berechtigung spricht, so thut sie dies nur, weil in der Praxis Fälle vorkommen, wo Andere klagen, als nur die, denen das Recht zusteht.

Macer erwähnt aber neben dem ersten Kläger auch einen

---

6) Es liegt dies auch in dem bekannten Satze des römischen Rechts, daß das Urtheil kein Recht schaffe, sondern nur jus quod est, declarat.

ersten Vertheidiger. Sind diese Beiden dieselben Personen, nur nach der Parteirolle unterschieden, so muß die Regel sammt ihren Beispielen in vollstem Umfang gleichmäßig auf beide passen, und es ist unerlaubt, mit Savigny (System VI. p 478 n. bb) einzelne Theile dadurch erklären zu wollen, daß man sie nur auf den Kläger oder nur auf den Vertheidiger bezieht. Allein sind es wirklich dieselben Personen? Die Stellung des Beklagten im Prozesse ist insofern eine wesentlich andere wie die des Klägers, daß ein die Klage als berechtigt anerkennendes Urtheil einen Ausspruch über das Vorhandensein des Kläger'schen Rechtes im Verhältniß zum Beklagten involvirt, während ein die Klage abweisendes Urtheil darüber gar nichts enthält, ob das streitige Recht auf beklagtischer Seite vorhanden sei, und auch eintreten kann, wenn der Beklagte dieses Recht ebensowenig hat wie der Kläger. Es ist dies dann ein abgeschlagener Angriff, allein eine wahre defensio ist hierin nicht gelegen. Vertheidigen heißt im Prozesse: ein Recht vertheidigen, und wie wenig in der bloßen negativen Einlassung eines fälschlich Beklagten eine wahre Vertheidigung liegt, ergibt sich daraus, daß in diesem Falle durch ein das Recht des Klägers anerkennendes Urtheil weder der Kläger gewinnt, noch der eigentlich Berechtigte, der hätte verklagt werden müssen, verliert. Ausdrücklich sagt dies l. 1 C. VII 56 Quibus res judicata nocet: Si neque mandasti fratri tuo defensionem rei tuae, neque quod gestum est, ratum habuisti, praescriptio tibi non oberit. Et ideo non prohiberis causam tuam agere sine praejudicio rerum judicatarum. Wer möchte auch behaupten, daß, wenn mein Gläubiger eine Sache, die ich ihm zum Faustpfand übergeben habe, gegen den Vindikanten derselben vor Gericht vertritt, hier eine gültige Vertheidigung meines Rechtes stattgefunden habe, ich somit an das Urtheil gebunden sei. Nur wer das angegriffene Recht selbst besitzt, vertheidigt es wahrhaft: ihm steht an erster Stelle die Vertheidigung zu. Der erste Vertheidiger ist also dieselbe Person, wie der erste Kläger — nur die Parteirolle entscheidet. Einen schlagenden Beweis hierfür, wenn es dessen noch bedürfte, liefert unser Gesetz selbst.

Nicht genug, daß gleich von vornherein in dem Satze, welcher das Prinzip selbst enthält, Klage und Vertheidigung ganz parallel neben einander hergehen; nicht genug ferner, daß der Jurist schon in dem früheren Theile der Stelle das Wort defensio gebraucht für die Vertheidigung dessen, der für sein eignes Recht einsteht: — auch die Beispiele bestätigen auf das Bestimmteste unsere Ansicht; denn es heißt darin, die actio vel defensio proprietatis rei emptae stehe an erster Stelle dem besitzenden Käufer zu, die actio vel defensio rei in dotem acceptae dem Ehemanne. Beide dulden es (patiuntur), daß der Verkäufer und der Schwiegervater oder die Gattin die fraglichen Rechte gerichtlich geltend machen. Dulden ist aber ein Zulassen dessen, was man hindern kann, und so liegt in diesem „Dulden" die Befugniß des Eigenthümers, alle Andern an der Vertheidigung seines Eigenthums zu hindern. Umgekehrt ist aber Niemand befugt, den Eigenthümer selbst an der freien Ausübung seines Klage- und Vertheidigungsrechtes zu beeinträchtigen, was unsere Stelle in einem Beispiele sehr anschaulich macht, wenn sie sagt: „Qui scit coheredem suum agere, prohibere eum, quominus — uti velit — propria actione vel defensione utatur, non potest."

Dieser Ansicht scheint aber das erste Beispiel auf das Stärkste zu widerstreben, und wieder und wieder sind die Interpreten gerade hierüber gestrauchelt.

Nachdem der römische Jurist kaum erst das Prinzip der Ausnahme festgestellt hat, fährt er fort: „veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris", aus welchen Worten erhellt, daß Macer die actio vel defensio de proprietate pignoris an erster Stelle hier dem Pfandgläubiger zuschreibt, was mit unserer Entwickelung in direktem Widerspruch zu stehen scheint; denn wir behaupteten und müssen immer noch behaupten, daß sie dem wirklichen Eigenthümer zukomme.

Das Römische Recht kannte zu Macer's Zeit drei Formen der Verpfändung: 1) das sub pacto fiduciae in civiler Form zum Eigenthume übergebene Pfand [7]; 2) das

7) Man vergl. über die fiducia die gründlichen Ausführungen bei Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. Rechts I. § 2 (p. 7—26).

zum Besitze dem Gläubiger übergebene Pfand; 3) die Bestellung eines dinglichen Pfandrechts an einer Sache ohne Besitzübertragung.

Macer konnte also berechtigt sein, den Pfandgläubiger als ersten Beleg seines Satzes zu wählen, wenn er die erste dieser drei Formen vor Augen hatte — und nur dann! Denn weder dem hypothekarischen Gläubiger, noch dem pfandbesitzenden Gläubiger, sondern nur dem creditor fiduciarius konnte in erster Linie die rei vindicatio zugeschrieben werden.[8]) Daß man in unserer Stelle an die fiducia noch nicht gedacht, beruht zum Theile auf der unrichtigen Vorstellung eines sehr frühen Untergangs dieses Instituts, zum Theile auf einer fälschlich angenommenen Bedeutung des Wortes pignus, welches man auf jene stärkste Verpfändungsform für unanwendbar hielt. Zu Paulus' Zeiten aber bestand die fiducia noch in vollem Gebrauche, und fast der ganze T. XIII des 2. Buches seiner Sententiae handelt gerade von ihr. Macer aber war Paulus' Zeitgenosse; ihm lag also die fiducia sehr nahe, und wir können gerade wieder daraus, daß er sie als erstes Beispiel wählte, ersehen, wie praktisch jenes Institut damals noch gewesen sein muß.[9]) Pignus ist durchaus nicht nur der technische Ausdruck für das zum Besitze übergebene oder hypothekarische Pfand, sondern es ist das Wort für das Objekt des Pfandrechts überhaupt; wofür der beste Beweis aus dem allegirten Titel des Paulus genommen werden kann. In § 4 heißt der dem creditor fiduciarius übergebene Gegenstand pignus, während er in § 6 res fiduciae data, in § 9 res fiduciaria genannt wird. Gajus II. 60 bespricht die verschiedenen Formen der fiducia überhaupt und sagt: „cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quod tutius nostrae res aput eum essent."

Ein weiterer Grund, warum man bisher von dem fiduciarius absah, lag darin, daß der Faustpfandgläubiger schein-

---

8) Man vergleiche, was hierüber des Näheren unten gesagt ist.

9) Dernburg, a. a. O. I. p. 93, 94 weist die fiducia noch am Ende des 4. Jahrhunderts nach Chr. und sogar noch in den langobardischen Gesetzen nach.

bar mit Recht als der richtige Beklagte für den Vindikanten galt; man bezog also dieses Beispiel nur auf die defensio, da man ihm die vindicatio selbst doch nicht an erster Stelle zuschreiben konnte. Allein wir sahen, wie bei unserm Juristen das Vorrecht zur actio und die erste Pflicht zur defensio stets parallel gehen, so daß, was von der einen gilt, auch von der andern gesagt wird. Daß aber der Pfandgläubiger nicht der an erster Stelle zur vindicatio Berechtigte ist, darüber brauchen wir kein Wort zu verlieren.[10])

b) Ueber den Begriff der sequentes. Da man gewöhnlich weder bei einem Klagerecht noch bei einer Vertheidigung von einem zweiten actor und defensor sprechen kann, so sind wir nur aus den Beispielen im Stande zu ersehen, wen der Jurist hierunter versteht. Diesen ist nun gemeinsam, daß immer der auctor dominii als der sequens bezeichnet wird. Es ist hier nicht nur von einer allgemeinen Ableitung der Rechte die Rede, so daß etwa auch im Verhältnisse zum hypothekarischen und Faustpfandgläubiger oder Servitutberechtigten der Eigenthümer als ein sequens erscheinen könnte; nein — das volle Eigenthum des auctor (hier sequens) ist auf den an erster Stelle zu Klage und Vertheidigung berufenen successor übertragen. Nach unserer Stelle kann also nur da von einem sequens die Rede sein, wo eine solche volle Succession wirklich möglich ist.

Dies hat man bisher immer verkannt und ist dadurch natürlich zu einer falschen Auffassung gekommen, die nicht nur mit dem Sinne der Stelle, sondern auch mit andern Sätzen des römischen Rechtes in direktem Widerspruche steht. Die Bedeutung Keller's, der diese Auffassung neuerdings am ausführlichsten vertheidigt hat, übrigens als bester Vertreter der ganzen Lehre in ihrer bisherigen Form gelten kann, nöthigt uns, diesen Beweis der Unrichtigkeit zu führen.

---

10) Vgl. auch Dernburg, Pfandrecht I. p. 560, wo er dies gerade in Hinsicht auf l. 63 D. 42, 1 ausspricht. Im übrigen scheint auch D. die allegirte lex ganz verschieden von uns aufzufassen.

Keller a. a. O. p. 376 sagt, „daß die **exceptio rei judicatae** auch dem Dritten, welcher die Theilnahme am Prozesse wissentlich unterlassen hat, ebenso gut entgegenstehe, wie wenn er denselben wirklich führen geholfen hätte, — findet nach unserer Stelle namentlich dann immer (!) statt, wenn der Dritte von dem einen Litiganten sein fragliches Recht wirklich ableitet, zu diesem mithin als zu seinem **auctor** sich verhält.... so steht der Gläubiger zu seinem Schuldner, der ihm daran ein Pfandrecht bestellt hat", und fügt in einer Note hinzu (p. 377 n. 24): „Betrachtet man das Verhältniß zwischen **creditor** und **debitor** nur eben unter diesem in unserer Stelle offenbar vorherrschenden Gesichtspunkte, so kann gewiß die Richtigkeit der florentinischen Leseart keinem Zweifel unterliegen, und man hätte sich an den Worten: „**cujus actio primum sibi competit**" gar nicht stoßen sollen." (!!)

Wäre dieser Gesichtspunkt wirklich der richtige, so müßte man Brackenhöft (und nach ihm Sintenis) vollständig zustimmen, wenn er a. a. O. p. 196 unsere Regel von dem Pfandgläubiger auf den Superficiar, den Emphyteuta, ja auf jeden Servitutberechtigten, jedoch nicht auf den Cessionar ausdehnt, freilich nur, wenn sie vom streitenden Eigenthümer ihr Recht ableiten. Savigny (System VI. p. 476) faßt unsre Regel noch allgemeiner und meint, die Rechtskraft träte hier ein, weil die Führung der Klagen „einem Mitbetheiligten" überlassen worden sei. Das Verhältniß ist also bei ihm noch unbestimmter, indem die Succession ganz aufgegeben wird. Wir wenden uns also nur gegen Keller, da die Ansichten Brackenhöfts und Savigny's nichts weiter als Consequenzen der seinigen sind.

Nun müssen wir uns zunächst dagegen verwahren, daß die Worte, worin Macer das ganze Prinzip unserer Regel ausdrückt, einem Beispiel geopfert werden. Man darf einer Stelle kein anderes Prinzip substituiren, wenn sie selbst eines enthält, und man begeht einen doppelten Fehler, wenn das substituirte noch dazu falsch ist. Dieses aber müssen wir von dem Keller'schen behaupten. Nach ihm würde der hypothekarische oder

Faustpfandgläubiger, der wüßte, daß sein Schuldner mit der rei vindicatio belangt sei oder die in dritten Besitz gekommene verpfändete Sache vindicire, durch schweigendes Zusehen sein Pfandrecht verlieren. Allein diese Ansicht ist nicht die mit den Quellen übereinstimmende. In l. 3 D. 20, 1 De pignor. et hypoth. sagt Papinianus: „Wenn der Schuldner, der eine Sache als sein vindicirte, den Prozeß verlor, weil er sie nicht als sein erwies, so muß dem Gläubiger die actio Serviana erhalten bleiben, wenn er beweist, daß die verpfändete Sache zur Zeit der Verpfändung in bonis debitoris gewesen sei..... Es kann nämlich ganz leicht sein, daß das Pfand ganz richtig bestellt ist, aber der Prozeß von dem Schuldner schlecht geführt wurde." Mit ihm stimmt Ulpianus vollständig überein, wenn er sagt (l. 11 § 10 D. De exc. rei jud. 44, 2): „Wenn Titius eine Sache, die er von Dir vindicirt hat, dem Sejus zum Pfande gegeben hat; Sejus nachher gegen Dich die pignoratitia anstellt, so muß unterschieden werden, wann er sie verpfändete. War es, bevor er vindicirte, so darf ihm die exceptio (scil. rei judicatae) nicht schaden („non oportet"), denn jener mußte vindiciren, ich aber auch die actio pignoratitia unversehrt behalten. Verpfändete er aber die Sache, nachdem er vindicirt hatte, so muß man mehr sagen (magis est, ut), daß ihm die exceptio schadet." Diese beiden Stellen [11]) stimmen wie in Anderem, so auch darin vollständig überein, daß sie die Unversehrtheit der pignoratitia nur abhängig machen von dem Zeitpunkte der Pfandbestellung. War die Sache in diesem Momente in bonis des Schuldners, so stellen es die beiden Juristen als ganz zweifellos hin, daß dem Gläubiger — mochte der Prozeß des Schuldners ausfallen wie er wollte — seine Pfandklage vollständig erhalten bleibe. Wir hören hier gar nichts von einer Unterscheidung eines vom Prozesse wissenden und unwissenden Pfandgläubigers. Die Stellen sprechen ganz allgemein von Allen Solchen, und bei ihrer präcisen scharfen Ausdrucksweise wäre eine solche Unter-

11) Cfr. l. 3 § 1 D. 20, 1 de pignoribus; l. 63 D. 36, 1 ad SC. Trebell.

scheidung, wenn sie wirklich bestanden hätte, sicher nicht übergangen worden. Auch würde sie zu den größten Unbilligkeiten führen können. Nehmen wir z. B. einen Servitutberechtigten. Der Herr des **praedium serviens** ist lange nach der Bestellung mit einer **vindicatio** belangt; er führt seinen Prozeß mit der größtmöglichen Sorgfalt, allein es gelingt ihm nicht, die sicheren Beweismittel innerhalb der präclusiven Beweisfrist zu beschaffen. Unglücklicherweise erfährt der Servitutberechtigte von dem Prozesse; er will nicht interveniren, weil dies im Augenblick nichts helfen kann. Dagegen ist die gegründetste Aussicht vorhanden, binnen einiger Zeit die vollen Beweismittel für seine **confessoria** zu beschaffen. Hier leuchtet es ein, daß es die größte Unbilligkeit wäre, den Servitutberechtigten bloß wegen des unglücklichen Wissens dem Urtheile zu unterwerfen.

Unsere l. 63 D. 42, 1 enthält aber selbst Aussprüche, die es ganz unmöglich machen, unter dem hier erwähnten Gläubiger einen hypothekarischen oder Faustpfandgläubiger zu erkennen. Nach ihr schadet dem Wissenden das Urtheil unter Anderem, weil er den **agens** in seiner Thätigkeit hindern kann. Steht aber nicht vielmehr der vindicirende Schuldner ganz dem Erben gleich, den Niemand hindern kann, sein Recht zu gebrauchen, wie er will, einfach aus dem Grunde, weil es sein Recht ist?

Wir halten es hiermit für bewiesen, daß Macer den hypothekarischen oder Faustpfandgläubiger nicht vor Augen hatte. Wir müssen somit auch alle Analogieen verwerfen, die sich auf den Faustpfandgläubiger, als den in unserer Stelle gemeinten, stützen.

Mehr aber als eine solche volle Succession verlangt unsre Stelle nicht. [12]) Es läge nahe, in dem **sequens** nur den Evictionspflichtigen zu erkennen. [13]) Wie das Urtheil gegen den Regreßberechtigten zunächst diesen, in ihm aber auch den Regreßpflichtigen betrifft, so würde es etwa vorzugsweise billig erscheinen,

---

12) A. M. scheint Wetzell, Civilprozeß p. 424 sub. 4.

13) Daran scheint zu denken Wetzell, Civilprozeß p. 424 sub. 4, wenn er in unsere Stelle „Verhältnisse" subintelligirt, „in denen der Erfolg eines vom Successor Dritten gegenüber geführten Prozesses auf den Auktor zurückwirkt."

den Letzteren zur Folge in Klage oder Vertheidigung zu berufen. Allein unser Fragment geht weiter, was wir schon einfach daraus nachweisen können, daß nur in gewissen Fällen der Schwiegervater oder die Frau dem Manne evictionspflichtig ist, wie es die l. 1 C. V, 12 de jure dotium ausdrücklich ausspricht, und daß der Käufer nur nach vorhergegangener litis denuntiatio vom Verkäufer Ersatz zu fordern berechtigt erscheint. Auch ist nicht einzusehen, warum der Schenkgeber, der vielleicht über die rechtlichen Vertheidigungsmittel viel besser verfügen kann wie der Beschenkte, nicht ganz ebenso wie der Schwiegervater in zweiter Stelle sollte vertheidigen dürfen.

Kann somit über die Person der sequentes kaum mehr Zweifel herrschen, so ist doch noch die Frage zu erörtern, ob sie sowohl hinsichtlich der Klage, als auch hinsichtlich der Vertheidigung in zweiter Linie genannt werden, oder ob nur etwa eine dieser beiden Parteirollen ein solches Folgeverhältniß duldet?

Klar ist diese Zulässigkeit bei der Vertheidigung; es ist nämlich möglich, daß der Auktor, wenn er belangt wird, wirklich noch besitzt, etwa vermöge eines constitutum possessorium, oder wenigstens den Besitz nicht in Abrede stellt, und dann so behandelt werden muß, als besäße er. In diesen beiden Fällen soll nach unserm Juristen der successor, der um den Prozeß weiß, an das Urtheil gebunden sein.

Auffallender ist die Sache bei der Klage; man wäre daher leicht versucht, unserer Stelle den Sinn unterzulegen, als spräche sie von einem sequens nur im Hinblicke auf die Vertheidigung, wie es Savigny (System VI. p. 478 N. bb.) von dem 2. Beispiel auch behauptet. Mit Recht hat aber in diesem speciellen Falle ein Urtheil des O. A. G. zu Celle (Seuffert Archiv VIII. p. 248) gegen ihn entschieden. Auch duldet die Fassung unserer Regel nur die Auslegung, daß auch hinsichtlich der Klage von einem solchen sequens gesprochen werden kann. Allein wie haben wir uns diese Sache in Wirklichkeit vorzustellen? Zunächst liegt es nahe, an die Uebertragung einer res mancipi durch eine andere Form als die mancipatio zu denken und diesen Fall als den einzigen zu betrachten, der dem Juristen vor Augen geschwebt habe. Dabei

macht Keller (Litiskontestation und Urtheil p. 377 N. 25) mit Recht darauf aufmerksam, daß die formlose Veräußerung von res mancipi sicher nicht sehr selten gewesen sei. Allein wir müssen unserer Ueberzeugung nach weiter gehen. Hatte der Eigenthümer einer Sache diese an einen Anderen verkauft und tradirt, und diese Sache war nun ohne Vermittlung dieses Andern in den Besitz eines Dritten gelangt, so war dieser Besitz jedenfalls ein widerrechtlicher. War nun der jetzige Eigenthümer etwa auf Reisen, oder war der widerrechtliche Besitzer eine Person, die er nicht gerne belangen wollte, oder hatte der frühere auctor dominii noch das bessere Beweismittel in Händen, so mußte oder konnte wenigstens dem auctor daran liegen, das Recht seines Käufers zu wahren, ebenso wie es dem Käufer angenehm sein konnte, seinen auctor jenem Besitzer, vielleicht gar Eigenthumsprätendenten die angemaßten Rechte abjagen zu sehen. Der auctor brauchte aber zu seiner Prozeßführung gar keinen speciellen Auftrag; denn gerade bei ihm mußte Platz greifen, was wir oben ausführten: er bekam das Recht zugesprochen, weil es nach dem Prozesse als ihm zustehend erscheinen mußte. Er vermochte ja den Beweis des Eigenthums in den häufigsten Fällen so weit zu erbringen, daß der Gegner ihn nicht entkräften konnte. Freilich mußte dieser sich selbst als Eigenthümer geriren, oder einen beliebigen Dritten dafür ausgeben, und es wird vorausgesetzt, daß er die Einrede der geschehenen Veräußerung nicht vorbringt. Keller bemerkt sehr treffend a. a. O. „Für den gewöhnlichen Fall aber, wo der Beklagte überhaupt das Eigenthum des Klägers läugnete, und es, was am häufigsten vorkommt, sich selbst zuschreibt, oder einen vom Kläger ganz unabhängigen Dritten für den Eigenthümer ausgibt, ist der Umstand der vom Kläger geschehenen Veräußerung überall gleichgültig."

Wir wenden uns nunmehr zur Betrachtung, auf welchen Grund sich unser Prinzip stützt.

ad 2.

Diesen Grund drückt der Jurist so aus, daß er sagt: „Ein Erbe kann seinen Miterben nicht hindern, von dessen eigenem Klage- oder Vertheidigungsrechte Gebrauch zu machen,

wie er will; hingegen steht dem, der den früheren Eigenthümer an seiner Statt im Prozesse die Vertheidigungsrolle führen läßt, wegen seiner Mitwissenschaft die praescriptio rei — quamvis inter alios — judicatae entgegen, weil es mit seinem Willen über das Recht, was er aus der Person des Prozessirenden ableitet, zum Urtheile gekommen ist."

Zu dem bloßen Wissen tritt also der Wille als das eigentlich entscheidende Moment hinzu. Dieser Wille manifestirt sich im Verzichte auf das Einspruchsrecht. Es ist also eine stillschweigende Manifestation, und wir haben noch zu untersuchen, was aus diesem Stillschweigen gefolgert werden muß. Auf drei Arten kann sich Jemand dem Urtheile in einem Prozesse unterwerfen, der zwischen Dritten begonnen und geführt wird: entweder man intervenirt, wenn das dazu nöthige rechtliche Interesse des Intervenienten vorhanden ist, oder man mandirt einem Dritten, den Prozeß zu führen, oder man ratihabirt, wenn der Dritte unaufgefordert auf eigne Faust die Prozeßführung übernommen hat. Aus jenem Wissen und Stillschweigen könnte aber nun gefolgert werden: 1) ein stillschweigendes Mandat; oder 2) eine stillschweigende Ratihabition.

Eine stillschweigende Intervention ist ihrer Natur nach undenkbar; zu einer fingirten kein Grund vorhanden: wie sollte man diese begränzen? Eine etwaige Regel: „wer das Interventionsrecht hat, und trotz seines Wissens im Prozesse nicht intervenirt, ist so anzusehen, als hätte er intervenirt," wäre durchaus unrichtig. Es bleiben also nur noch Mandat und Ratihabition. Da aber nur das Geschehene gebilligt werden kann, von einer Ratihabition des Zukünftigen nicht gesprochen werden darf, so liegt in dem wissentlichen Schweigen ein stillschweigendes Mandat, welches so lange als unwiderrufen angesehen werden muß, als nicht der gegenwärtige Eigenthümer sein Verbot gegen die Weiterführung einlegt, ohne daß man jedoch hieraus das prozessualische Ungethüm einer sogen. Prinzipal-Intervention ableiten dürfte! Diese Ansicht wird auch gestützt durch eine Stelle Ulpian's (l. 60 D. De R. J.): semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur.

Die Regel also, die unsere Stelle ausspricht, läßt sich mit andern Worten auch so fassen: wenn der gegenwärtige Eigenthümer, dem Klage und Vertheidigung seines Eigenthums in erster Linie zusteht, die klageweise Durchführung oder die Vertheidigung desselben wissentlich von dem vertreten läßt, der sein Rechtsvorgänger und **auctor** ist, so steht ihm die **exceptio rei judicatae** entgegen, obgleich er selbst keinen thätigen Antheil am Prozesse genommen hat, weil sein wissentliches Stillschweigen einem Auftrage gleichgesetzt werden muß.

Halten wir diese Regel fest im Gedächtnisse, so wird es uns nicht schwer fallen, auch die scheinbar etwas dunkeln Worte unseres Fragments, die zur Erklärung des Vorhergehenden dienen sollen, zu erklären. Diese lauten: „**Nam et si libertus meus — me interveniente — servus vel libertus alterius judicetur, mihi praejudicatur.**" Zuerst kam es dem **patronus** zu, seine Patronatsrechte zu vertheidigen. That er es nicht und übernahm ein Dritter diese Vertheidigung, so wurde ihm dadurch allein noch nicht präjudicirt, wohl aber erfahren wir aus **l. 5 D. 40, 14 Si ingenuus esse dicetur** von Papinian, daß das Wissen vom Prozesse genügte, ihn dem Urtheile zu unterwerfen. Wurde der Freigelassene vom Gericht als Sclave eines Andern anerkannt, so hatte der **patronus** sein Recht verloren. Das **me interveniente** muß also hier nicht von einem thatsächlichen Eingreifen im Prozesse verstanden werden, wo ja die Rechtskraft des Urtheils gegen den Intervenienten gar keinem Zweifel unterliegen kann, und welcher Fall mit unserer Stelle in gar keiner Verbindung steht, sondern man muß diese Worte so auslegen, daß der unwissende **patronus** auf das **forum** kommt und zufällig den Prozeß mit ansieht. **Me interveniente** ist also gleich **me sciente**. Das Wissen ist versinnbildlicht durch die Handlung, die dazu führt. Brackenhöft[14]) übersetzt ganz richtig: „Wenn der Patron weiß." Es bildet dieser Satz also nur einen Beleg zu der in den ihm vorausgehenden Sätzen ausgesprochenen Regel.

---

14) Identität der Rechtsverhältnisse im Prozesse p. 196 N. 26.

B. Die Stelle in der Justinianischen Compilation.

Wir müssen uns darauf gefaßt machen, von Einigen eingewendet zu erhalten, daß, wenn auch Macer den creditor fiduciarius vor Augen gehabt, dies bei den Compilatoren wegen Verschwindens der fiducia nicht mehr habe der Fall sein können, daß diese vielmehr nur die hypothekarischen und Faustpfandgläubiger im Sinne hatten, und daß demnach auch wir an diese Auffassung gebunden seien. Wir glauben nun in unserer Ausführung dargethan zu haben, daß diese beiden Arten von Pfandgläubiger unter das von Macer aufgestellte Prinzip durchaus nicht passen, und stellen deßhalb den Anhängern einer strengeren Receptionslehre die Alternative: entweder das Prinzip für recipirt zu erachten und sonach das mit diesem nicht übereinstimmende Beispiel der Flüchtigkeit der Compilatoren zur Last zu schreiben, oder aber das Prinzip fallen zu lassen und die nachgewiesenen falschen Beispiele bei uns heimisch zu machen; ein Drittes gibt es nicht! —

XIV.

Ist das von einem verbetenen Spruchcollegium gefällte Erkenntniß für nichtig zu erachten?

Von Fitting.

Da mir durch meine hiesige Stellung die theoretische und praktische Beschäftigung mit dem Civilprocesse wieder nahe gebracht ist, so sei es mir gestattet, mitunter auch processualische Fragen in diesen Blättern zu besprechen. Ich wähle zunächst die in der Ueberschrift genannte Frage, welche, obwohl theoretisch interessant und für viele deutsche Länder noch immer auch von praktischer Bedeutung, dennoch, so weit ich sehe, von keinem der Neueren eingehender erörtert worden ist. Ueberhaupt habe ich bei Elsäßer (Ueber den Geschäftsgang bei der Actenversendung als Anhang zu Danz, Grundsätze des ordentl. Processes § 18), Martin (Lehrbuch des deut. gem. bürg. Processes, 12.